

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“ALCANCE DOCTRINARIO, NORMATIVO Y
COMPARATIVO ENTRE EL RECURSO DE AMPARO
CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN
EL ECUADOR”**

Realizado por:

Gabriel Santiago Moscoso González

**Como requisito para la obtención del título de
ABOGADO**

QUITO, SEPTIEMBRE DE 2011

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Gabriel Santiago Moscoso González declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluye en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

C.C:010383401-6

DEDICATORIA

AAna.

AGRADECIMIENTO

A Ana, Elba, Carlos, Isabel, Fernanda, Gustavo y Camila.

A Santiago, Adriana, Andrea, Jessica, Carlos, Esteban,
Estefanía, Alejandra, Giancarlo, Esteban y Vianney.

Al Ab. Salim Zaidán, mi director de tesis, por su
paciencia y consejos académicos y personales.

RESUMEN

La acción de protección considerada como una garantía constitucional en su género y jurisdiccional en su especie, brinda amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales y se la propondrá frente a vulneración de derechos en estos textos contenidos.

En el nuevo orden constitucional, en el que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos y garantías amparados en la Constitución, la acción de protección aparece para proteger al ciudadano en forma inmediata y eficaz ante estos abusos. De esta forma el ciudadano puede encontrar en esta acción la defensa de sus derechos de una forma más ágil, con un proceso más simple, sencillo y con un trámite más célere.

El problema surge por el desarrollo legislativo que ha tenido esta garantía en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, texto que al desarrollar la acción de protección la limita y pone en riesgo su característica garantista tal como aparece en la Constitución.

ABSTRACT

The action of protection considered as a constitutional guarantee in its genre and judicial in its kind, provides direct and effective protection of the rights recognized in the Constitution and international instruments, and it will be proposed against violation of rights contained in this texts.

In the new constitutional order, in which the highest duty of the State is to respect and ensure respect the rights and guarantees covered by the Constitution, the action of protection appears to protect the citizen on an immediate and effective against these abuses. In this action citizen can found the defense of their rights in a more agile way, with a simple, easy and more efficient process.

The problem arises by legislative development that has taken this warranty in the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, text that in its development limits and puts at risk its principal characteristic followed exactly as it appears in the Constitution.

RESUMEN EJECUTIVO

La teoría del derecho neoconstitucional pretende explicar o interpretar los avances que se han dado en constituciones en las que aparecen amplios catálogos de derechos fundamentales, renovando las relaciones entre Estado y ciudadano.

El neoconstitucionalismo propone un modelo constitucional que pretende brindar mayor protección a los derechos fundamentales, limitando a los poderes políticos y económicos que pueden vulnerarlos.

El neoconstitucionalismo es una “nueva” concepción del Estado constitucional contemporáneo plasmada en Constituciones “garantistas” caracterizadas por *“amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”*.¹

Desde un punto de vista estructural el neoconstitucionalismo plantea una nueva denominación de Estado. En el Estado constitucional de derechos a diferencia del Estado social de derecho el Estado no se somete al Derecho en general, sino a la Constitución y a los derechos en particular, situando a sus titulares como la razón de ser del Estado; la base del ordenamiento jurídico y el más anhelado fin, su protección. En el nuevo ordenamiento jurídico los actos públicos y privados e incluso la ley están sometidos a la Constitución.

Lo que hay de Nuevo con el neoconstitucionalismo es el refuerzo y protección que se le da a la Constitución, la que reorganiza el poder y su relación con la ley.

La corriente del neoconstitucionalismo intenta explicar o interpretar los avances que se han dado en constituciones que surgen después de la Segunda Guerra Mundial en países que atravesaron por regímenes poco afines a la ideología liberal.

Ha habido un cambio de paradigma de la democracia constitucional que se ha venido dando después de la segunda guerra mundial hasta la actualidad, en la que vivimos en un Estado Constitucional de Derechos, lo que ha cambiado principalmente ha sido el modelo

¹Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, , Editora Jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2010, Pág. 24 y 25.

de Estado, en el que el derecho y la ley tienen otro papel respecto de la Constitución, misma que ahora es mucho más rígida y somete a la ley. Con esto también ha cambiado el rol del legislador y el rol del juez que aplica la Constitución, ahora creador de derechos y que tiene otros parámetros para resolver, dando mucha importancia a los valores y principios y ya no solo a la letra muerta.

El principal reto que afronta el neoconstitucionalismo consiste en la construcción de una Constitución “normativa”, reglamentaria o procedimental que facilite la vigencia del principio de supremacía constitucional y la directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales que reconocen derechos.

El Dr. Ramiro Ávila, señala que nuestra Constitución es material, tiene derechos que serán protegidos; es orgánica puesto que determina los órganos que forman parte del Estado, que serán los encargados de garantizar y proteger estos derechos; y es procedimental porque señala los mecanismos de participación y desenvolvimiento democrático.²

En la resolución del Pleno de la Corte Constitucional de 20 de octubre de 2008 (Registro Oficial. No. 451 de 22 de octubre de 2008), la Corte Constitucional dice que “*la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento de carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y, 3) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho*”.

Con el cambio de paradigma se redescubre el significado de la Constitución, como límite y vínculo al que deben someterse los poderes públicos.

El neoconstitucionalismo explica el carácter garantista del sistema a partir de la ampliación del catálogo de principios, derechos y garantías. En nuestro ordenamiento jurídico actual se ha ampliado el reconocimiento constitucional de los derechos así como los diversos mecanismos de protección, mismos que son elementos indispensables para su real eficacia jurídica.

²ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito Ecuador, Pág. 22.

El papel de las constituciones es garantizar la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales y es a partir de la materia que regula y a los actores a los que limita que la Constitución debe ser rígida y que está por sobre el resto de la legislación ordinaria para lo que se prevén procedimientos especiales para reformarla y se cuenta con un Tribunal Constitucional, garante de la Constitución y las leyes.

Se han dado cambios en la relación entre los jueces y la ley, ahora la sujeción a la ley es menos estricta ahora el juez puede interpretar el sentido de la constitución y la ley, hacer una valoración y ponderación de derechos.

*El nuevo orden constitucional genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo de la actividad judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.*³

*La Constitución de 1998 significó un avance considerable en relación con la parte dogmática al incluir no solamente derechos sino también principios de carácter general, que fueron útiles para interpretarlos y aplicarlos. Estableció que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que se garantiza los derechos a todas las personas sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley (Art. 18), que los derechos son los que constan en la Constitución, en instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art. 19), y que el Estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (Art. 20 al 22). No obstante esos avances en la parte dogmática, el proyecto de Constitución de Montecristi recoge todos los principios de la Carta Política de 1998 e incluye algunos más.*⁴

³ CARBONELL Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo - El Canon Neoconstitucional - El neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis de Miguel Carbonell en- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Editorial TROTТА – 2010 – Madrid, España – Pág.155.

⁴TRUJILLO, Julio Cesar y ÁVILA, Ramiro. La Carta de Derechos y Garantías - Los derechos en el proyecto de Constitución - Análisis Nueva Constitución - Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS - Revista la Tendencia - Quito Ecuador - 2008, Pág.69.

Se destacan como principales novedades la concesión de derechos a la naturaleza y la cláusula abierta respecto de los derechos que se derivan de la dignidad humana respecto de los cuales no se conoce bien la manera de ponerlos en práctica.

En la Constitución de 1998 los derechos se clasificaban por una parte en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y en derechos colectivos por otra.

Por primera vez aparecen los derechos para los pueblos y nacionalidades indígenas, esto dentro de los derechos colectivos y en lo que respecta a los derechos difusos se brinda protección a grupos en su relación con el medio ambiente.

La Constitución del 2008, da a todos los derechos humanos una doble dimensión: la individual y la colectiva, según el artículo 11, numeral 1.

Podemos distinguir a la legitimación subjetiva, que ampara solo a las personas que han sido vulneradas o amenazadas en uno o más de sus derechos constitucionales, a la colectiva restringida ejercida a través de representante o apoderado y a la acción popular en la que cualquier ciudadano podrá hacerla efectiva.

El artículo 86, numeral 1 de la Constitución señala que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer estas acciones, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional señala que "las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución podrán ser ejercidas: a) *Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo*".

El Principio de igualdad y prohibición de discriminación consta en la Constitución del 2008 en el artículo 11, numeral 2 y tiene relación con el derecho reconocido en el artículo 66 numeral 4. Se enuncia la igualdad que consiste en que todas las personas gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Se ha establecido la adopción de medidas afirmativas que tienen por objeto promover la igualdad de aquellos sujetos que se encuentran en alguna situación de desigualdad.⁵

⁵Constitución del 2008. Artículo 11.2, tercer inciso.

El Principio de Directa Aplicación de los Derechos, reconocido tanto en la Constitución de 1998 como en la Constitución del 2008, señala en el numeral 3, del artículo 11 que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Lo que amplía el rango de exigibilidad y hace muy complicado su real efectividad, puesto que hasta la Constitución anterior la aplicación era ante cualquier juez, tribunal o autoridad, pero el concepto actual de servidor público es mucho más amplio, pudiendo ser un funcionario público desde el Presidente de la República hasta el conserje de una institución gubernamental, que poco o nada conoce la Constitución y menos aún estaría en la capacidad de brindar la protección y garantía que en ella se consagran para los derechos.

La Justiciabilidad de los derechos, posibilidad que no constaba en la Constitución Política de 1998, en el numeral 3 del artículo 11 de la actual Constitución se expresa que los derechos serán plenamente justiciables y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

La Prohibición de restricción normativa constaba en el artículo 18, inciso cuarto de la Constitución Política de 1998. En la Constitución de 2008 aparece en el artículo 11, numeral 4, señala que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

La Obligación de aplicación de la norma más favorable constaba en el Artículo 18, inciso segundo de la Constitución Política de 1998. La Constitución 2008, en el numeral 5 del artículo 11, señala que, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

El numeral 6, del artículo 11 de la Constitución establece características para los derechos:

- inalienables, que no son susceptibles de enajenación, pertenecen al ser humano y este no puede transferirlos, cederlos o sacarlos de su patrimonio, así como tampoco ninguna autoridad puede disponerlos, negarlos o disminuirlos en su contenido.
- irrenunciables, el titular del derecho no tiene la posibilidad de renunciar a los mismos, ninguna declaración expresa en este sentido tendrá validez en el mundo jurídico.

- indivisibles, los derechos forman un conjunto, no se puede tener unos derechos y otros no, o no se nos puede garantizar solo unos derechos, la vida digna de una persona no se concibe sin el goce de todos los derechos en su conjunto.
- interdependientes, los derechos como una unidad, una cadena, un derecho garantiza otro, los derechos están entrelazados entre si para su efectivo goce, la violación de un derecho afecta a otro, se deben garantizar y ejercitar los derechos en su conjunto.
- de igual jerarquía. Todos los derechos tienen el mismo valor, ninguno está por encima de otro, todos tienen igual importancia. Lo que genera dudas y contraposición en la aplicación de la ponderación que será analizada más adelante.

La fuente de los derechos no está solamente en la Constitución e Instrumentos Internacionales, es decir en la normativa, sino también en la dignidad humana.

La no exclusión de los derechos que se deriven de la dignidad humana constaba en el artículo 19 de la Constitución Política de 1998, actualmente aparece en el numeral 7 del Artículo 11 de la Constitución.

La Característica de Progresividad de nuestra Constitución y de los derechos humanos en general, en materia de derechos humanos deben ir de menos a más, en ningún caso ni sentido se puede retroceder, disminuir, aminorar un derecho, la legislación futura y la aplicación de la legislación vigente debe proceder en el sentido de ir protegiendo y garantizando cada vez más los derechos.

Los aspectos más importantes de este principio radican en la prohibición de regresividad, en la producción de estas tres fuentes del derecho y de protección de derechos; al respecto la Constitución señala que “será inconstitucional cualquier acto u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.⁶

Dentro de la nueva denominación de Estado Constitucional, se establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.⁷ Se establece también la obligación de reparar las violaciones a los

⁶ Constitución 2008, artículo 11, numeral 8, inciso segundo.

⁷ Constitución 2008, artículo 11, numeral 8.

derechos, falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos.

La Constitución Política de 1998 contenía derechos de primera categoría (civiles y políticos) exigibles judicialmente y derechos de segunda categoría (económicos, sociales y culturales) que eran programáticos y no podían exigirse judicialmente.

Según el destinatario del derecho ha habido una nueva clasificación que evidentemente es más especializada y busca amparar a todas las personas.

Esta nueva clasificación alejándose de la clásica más bien evita hacer diferencia alguna entre los derechos humanos que como ya lo revisamos gozan de igual jerarquía.

“La Constitución de 2008 clasifica a los derechos en siete categorías. Tenemos que reconocer que hubo debates intensos por la no clasificación. Al final se optó, por razones eminentemente de organización y comprensión, por una clasificación distinta a la clásica. Los derechos se clasifican en (1) derechos del buen vivir, (2) derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria, (3) derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) derechos de participación, (5) derechos de libertad, (6) derechos de la naturaleza, y (7) derechos de protección”.⁸

En el nuevo orden constitucional los derechos de rango constitucional cuentan con garantías para hacerlos valer frente a la justicia y la administración pública. La nueva Constitución amplía las garantías jurisdiccionales, convierte en una exigencia de rango constitucional a las políticas públicas y se consagra como deber estatal la adecuación de la legislación con la Constitución y los instrumentos internacionales.

El artículo 84 de la Constitución establece la obligación de la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, a expedir leyes compatibles con los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

El encargado de la implementación y ejecución de políticas públicas es principalmente el poder ejecutivo.

Las garantías jurisdiccionales tienen por objeto brindar tutela directa y efectiva ante la violación de un derecho contenido en la Constitución o cualquier instrumento internacional

⁸ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Los derechos y sus garantías, ensayos críticos, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Tomo 1, Corte Constitucional para el periodo de transición, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2011. Pág. 93.

de derechos humanos.

Dentro de estas garantías tenemos a la acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y a la acción de protección.

La primera referencia constitucional sobre una acción que proteja y garantice a los ciudadanos en sus derechos fundamentales es la Constitución de la República Mexicana de 1857 en donde surge la finalidad de revisar la constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que afecten derechos constitucionales, en principio únicamente los individuales. Más tarde en otros países de América latina también aparece el amparo constitucional como es el caso de El Salvador en 1886, y en Honduras y Nicaragua en 1894.

Después de los abusos y excesos en contra de la humanidad que se cometen en el mundo a mediados del siglo XIX se plantea la necesidad de organizar el poder en una forma distinta, y se desarrolla la idea de que el derecho tiene que estar ligado a la moral, a los valores y principios éticos. Es así que en Europa, en donde las atrocidades contra la humanidad fueron más graves, se da una explosión ética que tiene sus primeros frutos con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece derechos que tienen los seres humanos y se brinda protección para esos derechos.

En esa protección a los derechos que se consagran, se incluye el del amparo y protección que se debe brindar a los derechos fundamentales de las personas, es así que aparece la necesidad de implementar un recurso adecuado, sencillo y efectivo para el amparo y protección de los derechos fundamentales.

Es entonces que en Latinoamérica la protección de los derechos comienzan a reforzarse mediante diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en Europa la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

En el Ecuador el recurso de amparo constitucional es relativamente nuevo, aparece por primera vez en la Codificación a la Constitución de 1996. Ha sido de gran aporte al procedimiento constitucional que se haya dictado por el antiguo Congreso Nacional en 1997 la Ley de Control Constitucional instrumentalizando este recurso, ya que de no existir

dicha ley los derechos fundamentales no tendrían ninguna garantía y solo estarían enunciados en la Constitución. Posteriormente se la regula en la Constitución Política de 1998 en el Artículo 95.

El recurso de amparo cambia de nombre en la actual Constitución por el de acción de protección, y sin entrar en muchos análisis que serán desarrollados posteriormente diremos que es ampliamente garantista de derechos, al menos en la normativa constitucional.

El amparo de los derechos mediante la acción de protección tiende a la constatación de la violación del derecho, buscando reestablecer al solicitante el pleno goce y ejercicio de tales derechos sin prejuzgar sobre ninguna otra materia, con esto quedan abiertas a las partes las vías ordinarias para reclamar las indemnizaciones o restituciones a que haya lugar en derecho.

La acción de protección es la garantía que tiene el ciudadano común para que los principios, derechos y deberes que están consagrados en la Constitución y los Instrumentos Internacionales se cumplan y hagan efectivos en una forma sencilla y rápida.

La razón de ser de la acción de protección consiste en el amparo directo y eficaz de los derechos fundamentales, este acto atentatorio a los derechos fundamentales, puede ser expedido por un funcionario público o por un particular. El juez debe reestablecer o restituir inmediatamente al ciudadano la situación jurídica infringida.

Los derechos que se tutelan con la interposición de esta acción son los fundamentales que constan en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales, y el juez deberá resolver únicamente sobre estos, ya que puede ser que el proceso independientemente de la materia que se trate este resolviéndose en otra vía y no se pueda esperar a que se decida en normal tramite, ya que esto provocaría daños al sujeto, el objeto de la acción es la protección inmediata de sus derechos y puede ocurrir que la vía ordinaria no pueda brindar esta protección en forma inmediata.

El objeto de la acción de protección es la tutela de derechos, en este juicio no se declara un derecho ni se cuantifica indemnizaciones, pues esto será materia de otro procedimiento, lo que hace la acción es detener la violación del derecho, en este procedimiento se juzga el acto y no a la autoridad o particular de donde procede este. Lo que se busca es dar seguridad, remediar y defender al ciudadano cuyos derechos subjetivos constitucionales están siendo violados y esto le está ocasionando un daño grave o inminente.

La acción de protección es una medida subsidiaria, lo cual implica que no procede cuando la persona cuenta con mecanismos para asegurar la protección de sus derechos fundamentales mediante otros medios adecuados y eficaces. Esta procede cuando no existan acciones judiciales en la vía administrativa o en la vía judicial que restituyan a la persona el derecho conculcado, es decir que estamos hablando de una acción residual.

Existiendo vías idóneas que ofrece el ordenamiento jurídico al ciudadano para que éste tramite sus impugnaciones y resguarde sus derechos, resulta inadmisibile la acción de protección.

La acción de protección se ejercita y resuelve de manera preferente ante cualquier otro tipo de proceso legal en el ordenamiento jurídico de nuestro país, esto por la premura ante una violación de un derecho fundamental. Por este motivo el trámite que se le da a la acción de protección es inmediato ya que al estar ligados con la dignidad humana los derechos fundamentales lo que se busca es detener o proteger al ciudadano de esta condición.

Como el trámite de la acción es breve y ágil, este en lo procedimental es también sin demasiados formalismos y según el artículo 8, numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no es necesario el patrocinio de abogado defensor alguno.

Los requisitos de fondo están contenidos en el artículo 40 de la Ley, y se señala los siguientes:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Según la ley, las causales de improcedencia son el haber planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión; existencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; que el derecho que se reclame vulnerado no esté amparado por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Y específicamente las contenidas en el artículo 42 de la Ley:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. Ya que concretamente este es el objeto de la acción, la protección de derechos contenidos en la Constitución y por ella garantizados.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. Ya no cabe la protección inmediata de los derechos ya que el acto que podía estar produciendo daños a los ciudadanos ha dejado de tener efectos y por ende de producir el daño o perjuicios, sin embargo puede darse el caso que la suspensión de los efectos del acto pueda acarrear daños y perjuicios, para lo que si podría la acción de protección proteger al individuo.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. Para lo que se entraría a analizar aspectos de constitucionalidad y legalidad que son motivo de procesos diferentes e inclusive ante otros jueces.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. Puesto que el derecho ya está declarado en la Constitución, lo que se hace mediante esta acción es identificar si el derecho ha sido violado y suspender sus efectos.
6. Cuando se trate de providencias judiciales. Ya que el objeto de la acción de protección no es tener una vía más de impugnación, la acción pertinente e este sentido sería la acción extraordinaria de protección que si tiene estos alcances.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. Esto por asuntos de especialidad e independencia que cuenta la Función Electoral, contenida esta última en el segundo inciso segundo del artículo 217 de la Constitución de la República y la facultad para conocer y resolver las impugnaciones y reclamos, según el numeral 11 del artículo 219 del mismo cuerpo legal.

La finalidad de las medidas cautelares según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la de prevenir, impedir, suspender o cesar la violación de un derecho reconocido en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. La resolución sobre estas tiene el carácter de inmediato y se deberá resolver en la primera providencia.

El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituye prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos.

Para precautelar su objeto las medidas deberán resolverse en forma inmediata y urgente por parte del juez, en su primera providencia.

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional señala que las medidas cautelares procederán cuando se cumpla dos requisitos, la amenaza grave e inminente de violación de derechos.

La petición de una medida cautelar se la hará de manera informal, pudiendo solicitarse en forma oral. Puede presentarse en forma individual y para el caso que nos compete, dentro de la demanda de la acción de protección conjuntamente con la presentación de esta, y se resolverá sobre la petición en el momento de que la acción sea admitida a trámite, si la petición es aceptada, de ser el caso, en la audiencia y en la sentencia el Juez se pronunciará respecto de mantenerla o revocarla.

En el Artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional podemos encontrar las formas en las que el proceso puede terminar.

El desistimiento puede ser expreso, cuando el accionante manifiesta su voluntad de dar por terminado el proceso; y tácito, cuando el accionante no comparece a la audiencia. En ambos casos se procederá a archivar el expediente.

Se suele declarar el desistimiento tácito cuando los accionantes no comparecen a la audiencia o comparecen 10 minutos después de que esta haya iniciado.

Aunque muchos jueces prefieren instalar la audiencia aunque un poco retrasados, pero con la presencia de las partes, para no dejarlas en indefensión.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales señala que la acción se inadmitirá por parte del juez cuando este no sea competente para conocerla en razón del territorio o los grados. Este acto se lo hará en la primera providencia del juez.⁹

⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 7, inciso tercero.

En el artículo 42 de la Ley se señalan en cambio los casos de improcedencia de la acción. En caso de no proceder la acción por verificarse las hipótesis del citado artículo, el juez mediante sentencia la declarará como tal, especificando la causa de improcedencia.

La otra posibilidad es la de aceptar o rechazar la acción, después de haberse formado criterio al respecto si existió o no la violación al derecho consagrado en la constitución. Concluido el procedimiento el juez expresará en la audiencia su decisión respecto de aceptar o rechazar la acción, para lo cual en sentencia deberá fundamentar su decisión, de conformidad con lo que dispone el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República. Si la acción es aceptada, en la parte resolutive deberá, conforme al artículo 17, numeral cuarto, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declarar la violación de derechos, señalando la norma constitucional violentada y cuál ha sido el daño, determinando cual será la forma en la que se llevará a cabo la reparación a que hubiera lugar.

Se considera positivo el hecho de resolver la acción dentro de la audiencia, lo cual evita injerencias en las sentencias de cualquiera de las partes.

Por lo garantista que resulta la actual Constitución resulta igualmente muy amplio el espectro de derechos que están protegidos con la acción de protección, pudiendo protegerse infinitos derechos, que como vimos anteriormente se desprendan o estén ligados con la dignidad del hombre.

Resulta positivo el hecho de que en la acción de protección sean competentes todos los jueces de primera instancia para conocer y resolver al respecto, ya que obliga a todos los jueces a estudiar y estar al tanto de la materia constitucional e igualmente de materias desconocidas sobre las que pueden versar las violaciones a derechos fundamentales.

Pese a los problemas que se han dado en la práctica con la regulación de la acción en la Ley, no se puede negar que el ciudadano se encuentra más protegido y que en los se ha buscado que los procedimientos sean más simples, que las omisiones sean subsanadas en la medida de lo posible y que no sea necesario el auspicio de un abogado defensor.

La regulación de la acción de protección tiene vacíos y se presta a interpretaciones que se esperan sean subsanados por la Corte Constitucional, parte importante para el desarrollo procedimental de la garantía.

ÍNDICE

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN, ASPECTOS GENERALES, ORGÁNICOS Y DOCTRINARIOS

1.1 Neoconstitucionalismo, Orígenes históricos, reformulación de Paradigmas y lineamientos.	1
1.2 Comparación de la parte dogmática de la Constitución Política de 1998 con la nueva Constitución de la República.....	7
1.2.1 Principios para la aplicación de los derechos	7
1.2.2 Derechos.	13
1.3 Tipos de Garantías en la Constitución 2008.	17
1.3.1 Garantías normativas.	17
1.3.2 1.3.2 Garantías Jurisdiccionales.	18

CAPÍTULO II - ACCIÓN DE PROTECCIÓN, ORÍGENES, ANÁLISIS DOCTRINARIO Y DESDE EL DERECHO COMPARADO

2.1 Orígenes Históricos.	25
2.2 Naturaleza de la acción.	29
2.3 Visión desde el Derecho Comparado.	32
2.3.1 Colombia.	32
2.3.2 México.	35
2.3.3 Ecuador.	37

CAPÍTULO III - ANÁLISIS COMPARATIVO NORMATIVO: EL RECURSO DE AMPARO Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR

3.1 Objeto.....	42
3.2 Requisitos.	43
3.3. Causales de improcedencia.	45
3.4Competencia.	47
3.5 Legitimación Activa.	47
3.6 Sujeto Pasivo.	49
3.7 Trámite.	50
3.8 Medio de Impugnación.	52
3.9 Otros Aspectos.	53

CAPÍTULO IV - ANÁLISIS DE CASOS RESUELTOS DE ACCIONES DE PROTECCIÓN Y ENTREVISTAS A JUECES CON COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.

4.1 Perspectiva Procedimental: Evaluación de la conducción de los procesos.

4.1.1 Medidas Cautelares. 56

4.1.2 Formas de terminación de los procesos. 57

4.1.3 Conducción de las audiencias. 60

4.1.4 Registro de la Información en la Audiencia. 61

4.1.5 Terminación de la audiencia. 61

4.2 Perspectiva Sustantiva: Motivación y modulación de sentencias, análisis de la argumentación jurídica, las aptitudes de los operadores de justicia y evaluación de la actividad judicial en la sustanciación de las resoluciones y demandas.

1. Causa 347 2011. 63

2. Causa: 1057 2008 67

3. Causa 1525 2010. 70

4. Causa 83 2011. 74

5. Causa 178 2009. 77

6. Causa 127 2009. 79

CONCLUSIONES.83

BIBLIOGRAFÍA.92

ANEXOS

• Entrevista realizada al Dr. Juan Montaña, Director del Centro de Estudios de la Corte Constitucional.	1
• Entrevista al Juez Segundo de Tránsito de Pichincha.	13
• Entrevista al Juez Cuarto de Trabajo de Pichincha.	17
• Entrevista al Juez Primero (adjunto) de Tránsito de Pichincha.....	25
• Entrevista al Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha.	28
• Entrevista al Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha.....	37
• Oficio No. TI C1 - SNJ - 10 - 1689 de 18 de noviembre del 2010, del Dr. Alexis Mera, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República.	41